



RAAD VAN STATE

afdeling Wetgeving

advies 54.898/1
van 23 januari 2014

over

een voorontwerp van decreet 'houdende machtiging tot oprichting van het privaatrechtelijk vormgegeven extern verzelfstandigd agentschap Toegankelijk Vlaanderen in de vorm van een private stichting'

Op 23 december 2013 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vlaamse minister van Onderwijs, Jeugd, Gelijke Kansen en Brussel verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een voorontwerp van decreet ‘houdende machtiging tot oprichting van het privaatrechtelijk vormgegeven extern verzelfstandigd agentschap Toegankelijk Vlaanderen in de vorm van een private stichting’.

Het voorontwerp is door de eerste kamer onderzocht op 16 januari 2014. De kamer was samengesteld uit Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter, Wilfried VAN VAERENBERGH en Wouter PAS, staatsraden, Marc RIGAUX en Michel TISON, assessoren, en Wim GEURTS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Wendy DEPESTER, adjunct-auditeur.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 23 januari 2014.

*

1. Met toepassing van artikel 84, § 3, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, heeft de afdeling Wetgeving zich toegespitst op het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond¹, alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

*

STREKKING VAN HET VOORONTWERP VAN DECREET

2. Het om advies voorgelegde voorontwerp van decreet strekt ertoe de Vlaamse Regering te machtigen om, namens de Vlaamse Gemeenschap en het Vlaamse Gewest, een privaatrechtelijk vormgegeven extern verzelfstandigd agentschap in de vorm van een private stichting (hierna: het agentschap) op te richten (artikel 3 van het ontwerp), waarin aansluitend de werking van de diverse bestaande organisaties inzake toegankelijkheid (vzw Enter, vzw Intro, vzw Westkans, vzw ATO, vzw Toegankelijkheidsbureau en het adviesbureau dat op heden is ingebed binnen de provinciale dienst CTPA) kan worden opgenomen. Dit agentschap wordt “Toegankelijk Vlaanderen” genoemd en heeft als opdracht te streven naar “een integraal toegankelijke en inclusieve samenleving, zodat iedereen, op een gelijkwaardige wijze, volwaardig kan deelnemen aan alle facetten van het leven”. Het integreert en promoot daarbij de principes van “*universal design*”², “die de basisvoorwaarden scheppen waardoor mensen, in al hun diversiteit en in een veelheid van situaties, op een zelfstandige, gelijkwaardige, veilige en gebruiksvriendelijke wijze kunnen gebruik maken van de omgeving. Het vormt de katalysator tussen gebruikers, professionelen en beleid” (artikel 4).

Het ontwerp bepaalt de voorwaarden waaronder dit agentschap moet worden opgericht:

-artikel 5, § 1, van het ontwerp somt de beleidsuitvoerende taken van het agentschap op;

-het agentschap is daarnaast exclusief bevoegd voor het uitbrengen van de facultatieve en verplichte adviezen, vermeld in de artikelen 33 en 34 van het besluit van de Vlaamse Regering van 5 juni 2009 ‘tot vaststelling van een gewestelijke stedenbouwkundige verordening inzake toegankelijkheid’ (artikel 5, § 2);

-de Vlaamse Regering kan bijzondere opdrachten toewijzen aan het agentschap voor zover deze aansluiten bij zijn missie en taken (artikel 5, § 3);

-in artikel 6 wordt de samenstelling van de raad van bestuur van het agentschap geregeld;

¹ Aangezien het om een voorontwerp van decreet gaat, wordt onder “rechtsgrond” de overeenstemming met de hogere rechtsnormen verstaan.

² Artikel 2, 3°, van het ontwerp definieert het begrip “*universal design*” als volgt: “gebouwen, producten, reële en digitale omgevingen, programma’s en diensten zodanig ontwerpen dat ze zowel esthetisch aantrekkelijk als functioneel zijn voor een zo groot mogelijke diversiteit aan gebruikers, zonder dat er voor specifieke gebruikers of groepen van gebruikers speciale aanpassingen vereist zijn”.

-het agentschap dient, met het oog op de uitvoering van zijn missie en taken, een gedecentraliseerde werking met vestigingsplaatsen te ontplooien (artikel 7);

-het agentschap dient gebruik te maken van de ervaringsdeskundigheid van gebruikers en dient de wisselwerking tussen gebruikers, professionelen en beleidsmakers te stimuleren door de oprichting van een of meer overlegorganen met adviserende bevoegdheid (artikel 8);

-artikel 9 bepaalt dat er een samenwerkingsovereenkomst wordt gesloten tussen de Vlaamse Regering en het agentschap en bepaalt wat er in die samenwerkingsovereenkomst moet worden geregeld;

-het agentschap kan samenwerkingsprotocollen sluiten met andere overheden of rechtspersonen als die kunnen bijdragen tot het realiseren van zijn missie en taken (artikel 10);

-de dienstverlening van het agentschap aan de provincies wordt nader geregeld in een gebruikersovereenkomst (artikel 11);

-artikel 12 heeft betrekking op de financiële middelen van het agentschap (algemene werkings-, investerings- en projectsubsidies, ontvangsten uit de publieke en private sector als vergoeding voor zijn dienstverlening);

-artikel 13 machtigt de Vlaamse Regering om statutaire personeelsleden ter beschikking te stellen van het agentschap;

-artikel 14 machtigt de Vlaamse Regering om gebouwen, andere infrastructuur of andere middelen ter beschikking te stellen van het agentschap;

-de financiële toestand van de jaarrekening en de regelmatigheid van de financiële verrichtingen van het agentschap worden gecontroleerd door een beëdigde bedrijfsrevisor (artikel 15) en de regeringscommissaris houdt toezicht op de overeenstemming van de verrichtingen en de werking van het agentschap met het recht, de statuten en de samenwerkingsovereenkomst (artikel 16);

-het agentschap staat daarnaast ook onder de controle van het Rekenhof (artikel 17);

-artikel 18, ten slotte, stelt dat het actief, in geval van ontbinding van het agentschap, na aanzuivering van het passief, wordt overgedragen aan de Vlaamse Gemeenschap en het Vlaamse Gewest onder de door de Vlaamse Regering te bepalen regelen.

BEVOEGDHEID

3.1. Hoewel het privaatrechtelijk vormgegeven extern verzelfstandigd agentschap zal worden opgericht onder de rechtsvorm van een private stichting, bevat het ontwerp toch afwijkingen van de wet van 27 juni 1921 'betreffende de verenigingen zonder winstoogmerk, de internationale verenigingen zonder winstoogmerk en de stichtingen' (hierna: de wet van

27 juni 1921). Uit de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof volgt dat hiertegen geen bezwaar rijst, nu de afwijkingen lijken te kunnen worden verantwoord, gelet op de opdrachten van openbare dienstverlening die de stichting op zich zal nemen, en nu deze slechts op één stichting betrekking hebben en bijgevolg niet op een algemene wijze afbreuk doen aan het gemene recht inzake stichtingen, maar passen in de optie van de decreetgever om een zo volledig mogelijke regeling *sui generis* uit te werken.³ Al heeft de gevolgde werkwijze tot gevolg dat de op te richten stichting zal worden onderworpen aan een regeling die grondig verschilt van de regeling die in principe voor de stichtingen geldt, en aldus tot zekere toepassingsmoeilijkheden aanleiding kan geven, volgt daaruit niet dat de decreetgever, door bepalingen aan te nemen die afwijken van de wet van 27 juni 1921, zijn bevoegdheden heeft overschreden.⁴ Wel dient de regeling betreffende het op te richten agentschap conform het in artikel 9 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’ (hierna: de BWHI) neergelegde legaliteitsbeginsel te zijn.⁵

3.2. Zoals de Raad van State, afdeling Wetgeving, heeft opgemerkt in advies 33.992/3 van 5 november 2002 over het ontwerp dat geleid heeft tot het kaderdecreet bestuurlijk beleid van 18 juli 2003 (hierna: het kaderdecreet), dienen bepalingen die ertoe strekken instellingen met rechtspersoonlijkheid op te richten, te worden getoetst aan het voorschrift van artikel 9 van de BWHI. Luidens die bepaling moet het decreet, onverminderd artikel 87, § 4 van de BWHI, de “oprichting, samenstelling, bevoegdheid, werking en toezicht” van de beoogde instelling regelen.

De ontworpen bepalingen lijken de toets aan artikel 9 van de BWHI te kunnen doorstaan. De in dat artikel bedoelde aangelegenheden worden immers door de decreetgever geregeld, deels in het kaderdecreet, deels in het om advies voorgelegd ontwerp van decreet.⁶

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Algemene opmerking

4. Al kan de decreetgever aan de op te richten openbare instelling de vorm geven van een private stichting, hetgeen onder meer tot gevolg heeft dat voor al wat niet uitdrukkelijk in het decreet geregeld wordt, de wet van 27 juni 1921 van toepassing is, moet niettemin worden vastgesteld dat, mede als gevolg van wat hiervoor werd opgemerkt, de gevolgde werkwijze niet vrij is van kritiek. Die werkwijze kan immers tot praktische toepassingsmoeilijkheden aanleiding geven. Zo bemoeilijkt het aanwenden van de rechtsfiguur van de stichting de inpassing van de opgerichte instelling in het geheel der regels die het overheidsoptreden beheersen. Bovendien creëert het aanwenden van het procedé verwarring over de aard van de op te richten instelling die, ondanks haar kwalificatie als private stichting, in feite vrij ver verwijderd is van wat men van een private stichting in de zin van de wet van 27 juni 1921 kan verwachten. De vraag rijst dan ook of

³ GwH, 31 juli 2008, nr. 116/2008, B.5.2; zie ook GwH 25 oktober 2000, nr. 105/2000, B.36.

⁴ GwH, 31 juli 2008, nr. 116/2008, B.5.3.

⁵ Dat beginsel wordt door het Grondwettelijk Hof beschouwd als een bevoegdheidverdelende regel (zie bijv. GwH, 10 maart 1990, nr. 24/98, B.5.1), waaraan die regeling derhalve door het Hof kan worden getoetst.

⁶ Zie evenwel de opmerking bij artikel 9 van het ontwerp.

het niet beter is het agentschap op te richten onder de vorm van een rechtspersoon “*sui generis*”, temeer daar artikel 9 van de BWHI zeer ruime mogelijkheden biedt.

Artikel 2

5. Aangezien er op meerdere plaatsen in het ontwerp wordt verwezen naar het kaderdecreet bestuurlijk beleid van 18 juli 2003, verdient het aanbeveling om in artikel 2 van het ontwerp een definitie op te nemen van “kaderdecreet” en dat begrip vervolgens consequent te gebruiken in de overige bepalingen van het ontwerp.

Opschrift hoofdstuk 2

6. Overeenkomstig artikel 30 van het kaderdecreet dient aan het begin van het opschrift van hoofdstuk 2 van het ontwerp te worden geschreven “Machtiging tot oprichting van een (niet: Oprichting als) ...”.

Artikel 5

7.1. In artikel 5, § 1, tweede lid, van het ontwerp dienen de woorden “In de eerste paragraaf, 1^o” te worden vervangen door de woorden “In het eerste lid, 1^o van deze paragraaf”.

7.2. In artikel 5, § 1, derde lid, van het ontwerp dienen de woorden “In de eerste paragraaf, 5^o” te worden vervangen door de woorden “In het eerste lid, 5^o van deze paragraaf”.

Artikel 6

8. Vraag is of bij het bepalen van de samenstelling van de raad van bestuur van het agentschap rekening is gehouden met het voorschrift opgenomen in artikel 4 van het decreet van 22 november 2013 ‘betreffende deugdelijk bestuur in de Vlaamse publieke sector’, dat bepaalt dat “minimaal een derde van het aantal stemgerechtigde leden van de raad van bestuur een onafhankelijke bestuurder (is)”. Die bepaling is in werking getreden op 19 januari 2014 en zal in beginsel van toepassing zijn op de raad van bestuur van het agentschap. Indien aan artikel 6 van het ontwerp evenwel de bedoeling voorligt om wat betreft het agentschap in een afwijking te voorzien van het voornoemde artikel 4 (en volgende) van het decreet van 22 november 2013, dat in beginsel een algemene draagwijdte heeft, verdient het aanbeveling om op dit punt een verantwoording op te nemen in de memorie van toelichting.

9. Het verdient aanbeveling om in artikel 6, eerste lid, 1^o, van het ontwerp de woorden “de functioneel bevoegde minister” te vervangen door de woorden “de Vlaamse minister, bevoegd voor het gelijkekansenbeleid” (vgl. met artikel 5, § 1, eerste lid, 5^o, en derde lid, van het ontwerp).

Artikel 9

10. Het agentschap sluit, overeenkomstig artikel 31 van het kaderdecreet, een samenwerkingsovereenkomst met de Vlaamse Regering. In die samenwerkingsovereenkomst zullen een aantal aangelegenheden nader worden geregeld, onder meer de krachtlijnen, de nadere omschrijving en aanpak van de uit te voeren missie en taken, de informatie- en rapportageverplichtingen, de nadere voorwaarden en modaliteiten van eventuele terbeschikkingstelling aan het agentschap van statutaire personeelsleden, gebouwen en andere infrastructuur of andere middelen als vermeld in de artikelen 13 en 14 van het ontwerp, de regels en modaliteiten voor de toekenning, de terugvordering en de verantwoording van de werkings- en investeringssubsidies, de indiening van aanvragen en bewijsstukken en de procedure voor de controle op de aanwending van de subsidies, de nadere bepalingen betreffende het beheer van, het toezicht op en de werking van het agentschap, de nadere regelen van de vergoeding voor de dienstverlening van het agentschap, de duur van de opzeggings- en verlengingsmogelijkheden van de samenwerkingsovereenkomst, alsook de centrale en gedecentraliseerde vestigingsplaatsen van het agentschap met het oog op een laagdrempelige werking en een voldoende regionale spreiding als vermeld in artikel 7 van het ontwerp. De te sluiten samenwerkingsovereenkomst zal bijgevolg, wat bepaalde onderdelen ervan betreft, een verordenend karakter hebben.

Uit de vaste adviespraktijk van de Raad van State blijkt dat regelgeving via het contractuele procedé problematisch is indien bij wege van dergelijke overeenkomst verordenende bevoegdheid wordt uitgeoefend ten aanzien van derden. Volgens dezelfde adviespraktijk is het sluiten van dergelijke overeenkomsten daarnaast problematisch indien het decreet niet zelf in voldoende mate de essentiële voorwaarden bepaalt waaronder steun kan worden verleend aan een autonome instelling. Artikel 9, tweede lid, van het ontwerp dient gelet hierop en mede in het licht van artikel 9 van de BWHI (zie opmerking 3.2) te worden herbekeken.

Artikel 11

11. Het verdient aanbeveling om in artikel 11 van het ontwerp de woorden “de functioneel bevoegde minister” te vervangen door de woorden “de Vlaamse minister, bevoegd voor het gelijkedekansbeleid” (vgl. met artikel 5, § 1, eerste lid, 5°, en derde lid, van het ontwerp).

12. Het verdient ook aanbeveling om het begrip “gebruikersovereenkomsten” te vervangen door een ander begrip, m.n. een begrip waarin het woord “gebruikers” niet voorkomt. Immers, het begrip “gebruikers” wordt gedefinieerd in artikel 2, 2°, van het ontwerp en betekent “iedereen die gebruik maakt van de leefomgeving, in het bijzonder de doelgroep van personen met een handicap en ouderen”, terwijl het begrip “gebruikersovereenkomst” betrekking heeft op een overeenkomst die gesloten wordt tussen het agentschap en een provincie en die de dienstverlening van het agentschap aan die provincie concretiseert. Er zou bijvoorbeeld kunnen worden overwogen om in artikel 11 van het ontwerp het begrip “dienstverleningsovereenkomst” te hanteren.

Artikel 12

13. Uit artikel 12, tweede lid, van het ontwerp volgt dat het agentschap tegen betaling opdrachten kan uitvoeren ter vervulling van zijn missie en taken. De ontvangsten kunnen zowel vanuit de private als vanuit de publieke sector komen. De nadere regelen van de vergoeding voor de dienstverlening van het agentschap worden bepaald in de samenwerkingsovereenkomst (zie artikel 9, tweede lid, 6°, van het ontwerp).

In zoverre de dienstverlening van het agentschap gesteund is op vrijwilligheid (en dus niet op een decretale of reglementaire verplichting), dient er over gewaakt te worden dat deze dienstverlening aan marktconforme voorwaarden geschiedt, ten einde marktverstoring en oneerlijke concurrentie te vermijden.

Artikel 17

14. Artikel 17 van het ontwerp is overbodig, aangezien artikel 63, § 1, van het decreet van 8 juli 2011 ‘houdende regeling van de begroting, de boekhouding, de toekenning van subsidies en de controle op de aanwending ervan, en de controle door het Rekenhof’ reeds bepaalt dat “het Rekenhof bevoegd (is) ten aanzien van de Vlaamse ministeries en de diensten met afzonderlijk beheer, de Vlaamse rechtspersonen vermeld in artikel 4, § 1, 2°, § 2, en de privaatrechtelijk vormgegeven extern verzelfstandigde agentschappen”. Artikel 17 dient dan ook uit het ontwerp te worden weggelaten.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Wim GEURTS

Marnix VAN DAMME